

EL CONTROL DE LAS TRANSFERENCIAS TECNOLOGICAS *

POR

RAMÓN MARTÍN MATEO

SUMARIO: I. LAS CIRCUNSTANCIAS DETERMINANTES: 1. *La movilidad de tecnología y sus consecuencias positivas para las economías nacionales.*—2. *Los riesgos implicados.*—3. *La intervención pública. El punto de equilibrio.*—4. *La situación española.*—II. PRECEDENTES: 1. *El sistema español anterior.*—2. *El modelo del Pacto Andino.*—III. LA AMPLITUD DEL CONCEPTO LEGAL.—IV. LOS NUEVOS CONTROLES: 1. *La naturaleza jurídica de la inscripción registral.*—2. *Consecuencias jurídicas de la inscripción:* A) *La eficacia de los traspasos tecnológicos.* B) *La autorización de transferencia de divisas.* C) *Las autorizaciones industriales.*—V. PODERES REGLADOS Y DISCRETIONALES.—VI. RETROACTIVIDAD.—VII. VULNERABILIDAD Y EFICACIA DEL DISPOSITIVO DE CONTROL DE TRANSFERENCIAS TECNOLÓGICAS: 1. *La internacionalización de la economía.*—2. *Modalidades de transferencia que se escapan de los controles establecidos.*—3. *La trascendencia práctica.*

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DETERMINANTES

El presente trabajo va a abordar, desde la óptica del Derecho público, las implicaciones jurídicas del Decreto de la Presidencia del Gobierno de 21 de septiembre de 1973, por el que se regula la transferencia de tecnología extranjera, y la Orden de 5 de diciembre del mismo año, que da normas para la inscripción del contrato de transferencias en un registro especial. Ahora bien, de acuerdo con fundadas convicciones, creemos que no es posible abordar el análisis propuesto sin situar las nuevas normas en su contexto social, aclarando las circunstancias que han determinado su adopción, valorando en consecuencia la presumible eficacia real de estas medidas y las consecuencias económicas que pueden acarrear. Por ello nos permitiremos hacer primero alusión al entorno socioeconómico de las transferencias tecnológicas.

* El presente estudio constituye una aportación de su autor al Seminario sobre «Adquisición de Tecnología Extranjera» que tuvo lugar el día 1 de febrero de 1974 en Bilbao, organizado por el Instituto de Estudios Bancarios y Bursátiles de la Facultad de Ciencias Económicas de dicha Universidad. Las citas que en el texto se realizan de los profesores BERCOVITZ y FERNÁNDEZ-NOVOA están referidas a las conferencias pronunciadas por dichos autores en el mismo ciclo.

1. *La movilidad de tecnología y sus consecuencias positivas para las economías nacionales*

La adquisición por una nación de tecnología extranjera supone, ciertamente, o al menos puede suponer, considerables y no desdeñables ventajas. La tecnología es en estos momentos una mercancía más, producto frecuentemente de costosos procesos iniciales de investigación, de reiteradas experiencias y de continuas rectificaciones. Por tanto, si el precio pagado por la adquisición tecnológica es razonable, la nación adquirente podrá ver inmediatamente aumentada su productividad mejorando sectorialmente su posición relativa en el tráfico mundial e incrementando su renta interior. La tecnología supone la cristalización de un ahorro inversor y, por tanto, una empresa puede optar entre adquirir directamente procesos industriales listos para su aplicación o bien emprender o encargar investigaciones autónomas e independientes para llegar a los resultados perseguidos. En el primer caso, lógicamente, habrá de pagarse un precio y pasarse por ciertas condiciones, pero se puede ya inmediatamente emprender la operación; en el segundo habrá de financiarse la investigación demorándose la puesta en funcionamiento del dispositivo productivo en cuestión, pero la empresa mantendrá a la postre su independencia y puede, a su vez, enajenar la propiedad industrial adquirida.

Se trata, pues, de dos opciones claras, cuya elección dependerá en cierta medida del montante de la contraprestación a satisfacer en la primera alternativa. Pero es que, además, la segunda, tecnología propia, no siempre es viable, en cuanto que determinadas naciones carecen de la infraestructura adecuada, de los recursos necesarios para emprender determinadas investigaciones o simplemente su complejidad las hace inalcanzables con los medios intelectuales y materiales disponibles. De aquí que resulte obligada en ciertos casos la primera solución, aun con los riesgos indudables que, como veremos, comporta.

La investigación en tecnología puede resultar rentable si no hay un apremio inmediato en su aplicación o si es de esperar, bien de su venta directa, o bien de la cesión de los bienes producidos, ventajas importantes para la empresa que sigue estas vías. Si no es así, y sobre todo si la tecnología ofrecida es inferior a su coste o de su utilización inmediata pueden obtenerse rendimientos atractivos, resultará más rentable adquirir tecnología importada. Creemos que es importante

hacer hincapié en esta faz amable de las transferencias tecnológicas, porque es frecuente el que se desorbiten los aspectos negativos, retrasándose quizá la industrialización y puesta a punto de la economía de un país al airearse temores, xenofobias o simplemente exaltaciones patrias que hacen perder el tino en la decisión, aconsejando elecciones desafortunadas.

Es lo cierto que algunas naciones altamente industrializadas, como en Alemania e Inglaterra, abonan derechos por utilización de licencias extranjeras superiores a los ingresos que se reciben por la exportación de las nacionales. Por el contrario, en otras naciones, y destacadamente en Nortemérica, cuyo balance es a este respecto enormemente favorable, se han aireado protestas por Sindicatos, Cámaras y otras Corporaciones que estiman excesivas y perjudiciales las cesiones tecnológicas al exterior, ya que implicarían pérdidas para Norteamérica en su competitividad internacional y permitirían a las naciones receptoras aprovechar su más barata mano de obra en detrimento de la población laboral americana. En este sentido conviene recordar que LASUEN, uno de nuestros más brillantes economistas de cara a América, ha llamado la atención sobre la existencia de una oferta abundante de tecnología que ofrece amplias posibilidades de elección y, por tanto, quizá su aclimatación a precios no muy elevados, apuntando esta vía como posible solución a algunos de los problemas planteados en aquellas latitudes.

2. *Los riesgos implicados*

No sería prudente, sin embargo, desconocer la presencia de factores negativos que inciden también en el mercado tecnológico y que pueden anular holgadamente las ventajas implicadas. En primer lugar aparece la posibilidad real, frecuentemente materializada, de que la tecnología adquirida lo sea a un precio excesivo, que se compren procesos ya absolutos en la nación exportadora y, sobre todo, que la economía de la nación receptora resulte subordinada a las grandes potencias o a los complejos económicos multinacionales. De caer en estos extremos, puede suceder que las cargas por el pago de derechos y royalties supongan un lastre considerable para la economía nacional, que se convierta ésta en satélite de otros complejos económicos o políticos foráneos y que se extraiga de las manos de los rectores de su política económica el manejo de las palancas claves.

Se trata de riesgos actuales y no meramente teóricos; de hecho, el llamado neocolonialismo se apoya sustancialmente en tales instrumentos. Los países subdesarrollados o en vías de desarrollo han visto así desplazarse hacia el exterior buena parte de sus escasos recursos, recibiendo a menudo, a cambio de una materias primas frecuentemente infravaloradas, sistemas productivos industriales cuyo funcionamiento sólo tenía sentido en el marco de un dispositivo internacional del que obtenían quizá tan sólo la posibilidad de aportar elementos que incorporaban escaso valor añadido o al que de hecho se limitaban a exportar mano de obra barata.

Han sido frecuentemente también cesiones de tecnología de baja calidad o el que al hilo de tales transferencias se pretendiese tan sólo explotar internamente ciertos mercados vetando la posibilidad de salir al exterior con los nuevos productos obtenidos. No es de extrañar, por tanto, que muchas naciones, especialmente las de América latina, hayan tomado conciencia de tales peligros y que últimamente hayan disciplinado con rigor las transferencias tecnológicas. Los acuerdos del Pacto Andino a que luego aludiremos van por ahí, e igualmente, en la última Conferencia Interamericana de Tlatelolco, se ha hecho hincapié frente a Norteamérica sobre la necesidad de vigilar y condicionar estos trasvases.

3. *La intervención pública. El punto de equilibrio*

A primera vista puede resultar paradójico que los Estados deban intervenir para mediar en el diálogo entre las empresas nacionales y las extranjeras. Resulta aparentemente inexplicable que un industrial satisfaga por la tecnología un precio superior a su costo, que adquiera un dispositivo anticuado y obsoleto, que se resigne a abandonar sus posibilidades exportadoras o que voluntariamente asuma otras cargas desorbitadas e irrazonables. Pero es que aquí, como en tantos otros medios, las reglas de mercado no funcionan con su presunta racionalidad. Aparece también un componente monopolístico que desequilibra la oferta y la demanda.

Todo ello comporta el que la Administración que se ha constituido en gendarme del orden público económico, tutelando, por tanto, los postulados del liberalismo aun en contra de la expresa voluntad de sus agentes, se ve forzada a actuar con el intento paladino de restablecer el equilibrio respaldando la parte más débil, en estos casos, sus pro-

pios administrados, a los que vetará determinadas operaciones y ofrecerá, por la vía del estímulo, una información que clarifique las posibilidades de acceso a otras ofertas tecnológicas. Se trata, pues, en el fondo, de extrapolar las normas tuteladoras de la justa competencia al ámbito internacional, estableciéndose intervenciones que tienen por objeto frenar en lo posible los abusos que pueden producirse como consecuencia del dominio del mercado por uno de los contratantes. Que esto sea factible en términos reales es ya otra cuestión a la que más adelante nos referiremos.

Otro móvil público puede ser el estimular la investigación propia, quizá coartada y anquilosada como consecuencia del recurso fácil a la adquisición de técnicas ajenas, con olvido del peligro que en términos económicos y también políticos ello comporta para las naciones que abusan de tales facilidades. Dentro de límites aceptables, la adquisición de tecnología ajena está plenamente justificada, y en muchos casos resulta inevitable; pero el abandono de la investigación nacional puede hacer bascular sobre la balanza de pagos una carga excesiva, privarla a la par de aportes por venta de tecnología nacional y situar inerte la economía nacional en la órbita de otros poderes.

4. *La situación española*

En España, las circunstancias que gravitan sobre el mercado de tecnología son, lógicamente, las que habitualmente se presentan en un país en trance de industrialización. Se ha observado un considerable incremento de la adquisición de licencias y procesos extranjeros, alcanzando los 200 millones de dólares los últimos pagos anuales por concepto de royalties, con un total de 1.200 millones acumulados desde 1960. Ultimamente se han venido registrando unos seiscientos contratos de este tipo, habiendo afectado las últimas medidas a 2.000 acuerdos tecnológicos.

La investigación propia tiene un carácter más bien reducido, si bien algunas empresas, como SEAT, por ejemplo, dedican a estos fines cantidades de alguna consideración y últimamente parecen haber aumentado los ingresos por exportación de licencias. Al desequilibrio apuntado en nuestro mercado tecnológico se ha sumado el hecho de que, efectivamente, algunos convenios en vigor son claramente desfavorables para los intereses nacionales; todo ello ha determinado la implantación de las nuevas normas que aquí analizaremos.

II. PRECEDENTES

1. *El sistema español anterior*

Para el Decreto-ley de 24 de diciembre de 1959, que liberaliza las inversiones de capital extranjero en España, este tipo de transferencias se contemplaba desde la óptica de la inversión de capital, considerando como tal la aportación directa a la empresa española, previa autorización y valoración por el ministerio competente, de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación. En el mismo sentido se pronuncia el Decreto de 28 de enero de 1963, que liberaliza las inversiones en determinados sectores industriales.

Ya desde la perspectiva concreta de la defensa de la empresa nacional, el Decreto de 25 de febrero de 1965 establecía que las empresas españolas «deberán justificar que en sus convenios de asistencia técnica, utilización de patentes y licencias, participación de capital extranjero o cualquier otra modalidad de cooperación técnica o financiera no existen cláusulas restrictivas a la libertad de exportación de sus productos o que impidan el acceso a nuevos modelos o procesos fabriles o a los perfeccionamientos técnicos relativos al proceso industrial de que se trate». Se exceptuaba la limitación de libertad de exportación al país en el que radicase la empresa con la que se había establecido el convenio.

Los acuerdos que contuviesen cláusulas restrictivas de otra índole deberían estar sujetos a la autorización del Organismo competente de la Administración. Con problemático apoyo en tal precepto, pero sobre todo al hilo de la concesión de autorizaciones para el pago en divisas de los derechos convenidos, se había venido montando un sistema de control de convenios desde el Ministerio de Comercio, que la última normativa ha completado y ratificado legalizando el registro que ya estaba en funcionamiento.

2. *El modelo del Pacto Andino*

Como ha puesto de relieve BERCOVITZ, la reciente legislación española está directamente inspirada en los acuerdos de diciembre de 1970, adoptados en Cartagena por los países signatarios del Pacto Andino, y

concretamente en la decisión número 24. Los artículos 19 al 29 de tal decisión prevén la sujeción de los contratos de importación de tecnología, patentes y marcas al examen y fiscalización del Organismo internacional competente, que deberá evaluar la contribución efectiva de la tecnología importada. A fin de evitar abusos en la contratación, el estatuto prohíbe la inclusión de cláusulas que impliquen determinadas limitaciones para las empresas nacionales. La decisión de referencia contiene una lista de cláusulas que quedarían prohibidas.

Con apoyo en esta resolución, diversos países latinoamericanos de dentro y fuera del Pacto Andino han venido aprobando Leyes sobre transferencia tecnológica, siendo interesante citar a este respecto la argentina, de septiembre de 1971, que sanciona, como la española, con ineficacia total a los acuerdos no debidamente autorizados que vulneren las prohibiciones establecidas.

III. LA AMPLITUD DEL CONCEPTO LEGAL

Con arreglo al artículo 1.º del Decreto de 21 de septiembre, la transferencia de tecnología desde el extranjero, formalizada mediante contratos, convenios y acuerdos documentados, podrá adoptar la forma de una o varias de las siguientes prestaciones:

- Cesión de derechos de utilización de patentes y demás modalidades de la propiedad industrial.
- Transmisión de conocimientos no patentados, planos, cintas magnéticas registradas con información digital, diagramas, especificaciones e instrucciones, y, en general, cesiones de conocimientos aplicables a la actividad productiva, acumulados y conservados bajo secreto y propiedad por las empresas que los controlan.
- Servicios de ingeniería, elaboración de estudios previos o anteproyectos, así como proyectos ejecutivos de tipo técnico, servicios de montaje, construcción y operación de plantas, entretenimiento y reparación de las mismas.
- Servicios de formación y capacitación de personal relacionados o no con las prestaciones anteriores.

- Servicios de documentación e información técnica o económica.
- Otras modalidades de asistencia técnica.

Por su parte, la Orden de 5 de diciembre de 1973 incluye, dentro de la normativa del Decreto, todo tipo de convenios mediante los cuales «se adquiera tecnología extranjera directa o indirectamente a través de un intermediario nacional, cualquiera que sea la naturaleza de la contraprestación por parte del receptor de la tecnología, es decir, tenga carácter tangible, monetario o no, o intangible en cualquiera de sus formas».

Es evidente que el concepto legal de las transmisiones tecnológicas resulta marcadamente globalista, indeterminado y quizá excesivo, pues, por ejemplo, como ha puesto de relieve FERNÁNDEZ-NOVOA, algunas de las modalidades protegidas por la propiedad industrial con base en el artículo 1.º del Convenio de París de 1883 y el Estatuto de 1929, difícilmente pueden reducirse al sistema de transferencias tecnológicas; tal sucede sin duda con los dibujos industriales.

Pero, además, en la normativa analizada encontramos un cuerpo extraño inserto en el contexto del control de las transferencias tecnológicas. Me refiero a la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto de adquirir estudios y servicios técnicos de empresas consultoras y de ingeniería extranjera, salvo que se justifique previamente el haber intentado obtener estos servicios de empresas inscritas en el Registro de Consultoras y de Ingeniería Industrial.

El Decreto de 4 de abril de 1968, que estableció este Registro en el Ministerio de Industria, imponía como condición para la inscripción que las empresas fuesen de nacionalidad española. Al hilo, pues, de motivaciones bien distintas de las que determinan los nuevos controles para las transferencias tecnológicas, se va a establecer ahora una defensa de signo claramente autárquico de las empresas consultoras españolas, introduciéndose un proteccionismo desfasado e incluso sumamente peligroso para las mejores empresas nacionales del ramo, las cuales han conseguido un gran prestigio en el campo internacional, y que pueden perder estos mercados si se aplican con reciprocidad los criterios ahora establecidos, que sólo defenderán empresas mediocres de calidad no acreditada internacionalmente.

IV. LOS NUEVOS CONTROLES

1. *La naturaleza jurídica de la inscripción registral*

Las disposiciones analizadas legalizan e institucionalizan una práctica previamente asentada, cual es la precisión de solicitar la inscripción de estos contratos en un Registro especial llevado en el Ministerio de Industria. Ahora bien, las consecuencias jurídicas que ahora se conectan con la inscripción son en buena medida, como veremos, originales.

En términos generales, la anotación en registros administrativos puede producir alguna de las siguientes consecuencias:

- *Inscripción declarativa.*—Tiene un carácter puramente exteriorizador de las actividades que se pretenden acometer por el que solicita la inscripción; ésta es normalmente voluntaria, aunque de ella trasciendan algunas consecuencias en cuanto a relaciones con terceros o se deriven posibilidades de obtener ayudas especiales de la Administración.
- *Inscripción constitutiva.*—En este supuesto, la inscripción en el registro afecta al nacimiento de la personalidad jurídica, o al menos a la capacidad para obras en un determinado sector relacional, afectando a la eficacia de los acuerdos establecidos con terceros.
- *Inscripción autorizatoria.*—Se trata del caso más generalizado, en el que, sin prejuzgarse la validez de las relaciones *inter privados*, se condiciona la previa autorización administrativa a la inscripción en un registro especial, vigilando la Administración el cumplimiento de estas cargas y los medios coactivos habituales.

La inscripción en el registro que comentamos únicamente encaja en el tercer supuesto, inscripción-autorización; ahora bien, sus consecuencias jurídicas participan de las propias de la inscripción-constitutiva, en cuanto que se priva de eficacia a los acuerdos que no hayan pasado por el registro.

2. *Consecuencias jurídicas de la inscripción*

Normalmente, la adopción de conductas sometidas a previa autorización, pero que no han conseguido el *consensus* de la Administración, desencadenan medidas de carácter represivo, consistentes en la parali-

zación coactiva de la actividad iniciada y en la imposición de sanciones administrativas o penales, pero sin que ello trascienda a las relaciones pacíficamente establecidas entre particulares, salvo que se trate de *res extra commercium*. Es decir, por ejemplo y por movernos dentro del campo del Ministerio de Industria, que la apertura de una fábrica que no ha sido inscrita en el Registro de Industrias acarreará su clausura y la imposición de una multa, pero ello no afectará al contrato de sociedad establecido al efecto o a los convenios para la adquisición del utillaje o a la venta ulterior de los productos. En el caso que nos ocupa, sin embargo, la eficacia de los pactos aparecería en entredicho.

A) *La eficacia de los traspasos tecnológicos.*

La Orden de 5 de diciembre de 1973 establece, en su apartado quinto, que la eficacia de todo contrato, convenio o acuerdo documentado regulado por la misma queda supeditada a su previa inscripción en el Registro de Contratos de Transferencia de Tecnología. Se ha extrapolado aquí un mecanismo que opera habitualmente en el campo del Derecho público con sentido distinto y diversa justificación. En el Derecho administrativo se juega efectivamente, como en el Derecho privado, con la separación entre validez y eficacia, pero con distintos propósitos. Un acto administrativo puede ser válido, pero no eficaz, cuando queda supeditado a ratificación o autorización superior, pero es evidente que el traspaso puro y simple de estos planteamientos al campo de las relaciones privadas mediatizadas por la Administración puede implicar graves anomalías y consecuencias jurídicas perturbadoras.

Efectivamente, si, como veremos, la normativa en cuestión tiene carácter retroactivo y su aplicación queda prácticamente en manos de una de las partes contratantes de tecnología, cabe que ésta explote en su beneficio la carga, no accediendo voluntariamente al Registro y desligándose así unilateralmente de las obligaciones contraídas.

Pero es que además tenemos serias dudas sobre la legalidad de la Orden de referencia. El Decreto que desarrolla no contiene en su articulado ninguna referencia a la sanción de ineficacia. Ciertamente que la Administración puede escalonadamente ir completando un ordenamiento sectorial y que tiene para ello, a nuestro juicio, poderes implícitos, sin necesidad de requerir expresas autorizaciones. Pero cuando una norma de superior rango ha abordado los puntos claves

de una nueva intervención debe lógicamente colegirse que no puede otra norma inferior que de ella trae causa completarla en puntos decisivos que, de quererse haber abordado, lo habrían sido ya por la norma principal. Aquí sí que puede traerse a colación el principio contrario de prohibición de lo no autorizado al menos tácitamente. En consecuencia, creemos que en virtud del principio de jerarquía normativa el precepto comentado puede llevar implícito un vicio de nulidad.

B) *La autorización de transferencia de divisas.*

De acuerdo con nuestro ordenamiento monetario, los pagos al exterior llevan normalmente aparejados dos tipos de controles: el primero de ellos, en el momento de la adopción de compromisos que van a dar lugar a la asunción de obligaciones en moneda extranjera por el ciudadano español, y el segundo, a la hora de efectuar concretamente la remesa. En estos dos tiempos interviene el Ministerio de Comercio a través de la Dirección General de Transacciones Exteriores. Tal mecanismo ha sido conectado con las técnicas de control de transferencias tecnológicas, en cuanto que se subordinan las preceptivas autorizaciones a la inscripción en el registro especial.

Se trata sin duda del dispositivo más eficaz para apoyar las fiscalizaciones montadas por la Administración. Las transferencias tecnológicas implican a la postre un pago de divisas, por lo que es difícil que los empresarios españoles se embarquen en tales convenios sin tener previamente garantizado el que podrán en su día cumplir con los compromisos contraídos. De hecho, con base en tales medidas, venía funcionando ya un sistema similar al ahora articulado sin necesidad de mayor apoyatura legal. Se plantea ahora únicamente como interrogante la posibilidad de discrepancia entre el Ministerio de Comercio y el de Industria, en cuanto que la autorización de este último no es vinculante, sino meramente preceptiva para el primero. Un mayor automatismo hubiera sido deseable, lo que al parecer habrá encontrado como siempre la compartimentación competencial de nuestra Administración.

C) *Las autorizaciones industriales.*

Por último, para reforzar la efectividad de la anotación en el Registro de estos convenios, conecta también con el sistema de autorizaciones industriales que contempla el Decreto de 27 de julio de 1968 y

en relación con las industrias que, de acuerdo con los artículos 1.º y 2.º de dicho Decreto, necesitan autorización administrativa para su instalación, ampliación o traslado. Aparece aquí también la inscripción registral incluida en otra cadena de autorizaciones que desemboca en la aplicación de la tecnología adquirida.

V. PODERES REGLADOS Y DISCRECIONALES

Habitualmente la doctrina suele hacer hincapié en el carácter reglado de las autorizaciones que se contraponen a los aspectos discrecionales de la concesión. No vamos a entrar aquí en estos planteamientos, que, por lo demás, no compartimos íntegramente, pero sí es cierto que la autorización suele tener un componente fuertemente vinculante para la Administración, aunque en la apreciación de los elementos fácticos aparezcan valoraciones de carácter técnico difícilmente sustituibles o revisables por los órganos jurisdiccionales de control.

En las autorizaciones aquí analizadas no sólo las circunstancias de hecho se prestan extremadamente a una ampliación de los poderes decisorios de la Administración, sino que las propias pautas jurídicas aparecen delineadas con trazos sumamente vagos, dando entrada a criterios imprecisos que suponen para la Administración el ejercicio de potestades prácticamente exentas.

Así, la Orden de 15 de diciembre, artículo 3.º, no sólo posibilita al Ministerio competente por razón de la materia para realizar una valoración conjunta de la situación del sector y de las características del proceso, sino que incluye entre los elementos desfavorables de tal evaluación el «prohibir o limitar excesivamente el ámbito geográfico», «establecer la transmisión de una tecnología total o parcialmente inadecuada por su obsolescencia, insuficiente capacidad competitiva u otras razones análogas», «establecer la obligación por parte del receptor de suministrar en condiciones contrarias al interés de la economía española», «imponer pagos sensiblemente superiores a los normalmente practicados en el mercado», «imponer una duración inadecuada del contrato». Como puede deducirse, tales condicionantes encajan mal con el automatismo reglado de la autorización clásica.

VI. RETROACTIVIDAD

La disposición final del Decreto de septiembre de 1973 establece que todos los contratos de tecnología en vigor deberán ser registrados en el plazo de un año, en la forma que determina el propio Decreto. Este precepto supone, lo que tampoco es corriente en las intervenciones administrativas, el dotar de eficacia retroactiva a los controles que se establecen, si bien tal retroactividad quedará de hecho paliada en la práctica si se tiene en cuenta que por cauces menos formalizados los respectivos contratos habían sido intervenidos ya por la Administración.

No discutimos, aunque ello sea polémico, el que la Administración pueda actuar hacia el futuro revisando situaciones consolidadas en el pasado y, por supuesto, sabemos que en los derechos adquiridos no tienen el sacrosanto respeto con que se les ornaba en otras épocas. Pero sí creemos que existen un cierto límite en cuanto a las posibilidades de modificación de relaciones sociales, engendrado por el mantenimiento de la confianza en el cumplimiento de los convenios y en los postulados superiores de la seguridad jurídica.

Una aplicación indiscriminada por parte de los sujetos destinatarios de esta disposición puede dar lugar a la quiebra en tales postulados. De parte de la Administración, en cuanto que podría negarse a reconocer convenios que con anterioridad había admitido como legítimos, y por parte de los empresarios nacionales, en cuanto que siendo exclusivamente de su incumbencia, como receptores de tecnología, la solicitud de inscripción, pueden, sin más que omitir tal trámite, desligarse de compromisos ya contraídos.

VII. VULNERABILIDAD Y EFICACIA DEL DISPOSITIVO DE CONTROL DE TRANSFERENCIAS TECNOLÓGICAS

1. *La internacionalización de la economía*

Creemos que por buenos y saludables que sean los criterios de las Administraciones nacionales les será muy difícil hacer quebrar una serie de situaciones que caen fuera de su disponibilidad. Vimos cómo en definitiva el control de las transacciones tecnológicas puede reducirse al tema de la competencia imperfecta y de las posiciones mono-

polísticas. Para ello existen ya armas legales (me refiero a las Leyes de prácticas restrictivas de la competencia), que con una u otra denominación están establecidas como entre nosotros en todos los países. Pues bien; si a partir de estas enérgicas medidas no ha sido posible eliminar los factores de distorsión, es problemático que la solución venga dada por otros caminos.

Los estados nacionales no son capaces de contrarrestar el peso de los grandes consorcios y de evitar que las empresas multinacionales controlen los mercados. Si se pasa por condiciones excesivas u onerosas es porque no existe otra opción. Cierto que existe una cierta amplitud en el espectro de posibles adquisiciones tecnológicas, pero las posibilidades son más reducidas cuando se trata de comercializar los productos. Por ello, aunque alguna nación como Japón haya conseguido aclimatar una cierta tecnología propia, es problemático que en estos momentos la industrialización de los países menos avanzados pueda hacerse esquivando los circuitos de las grandes empresas, cuya inevitable vocación monopolista ha sido puesta de relieve por GALBRAITH.

2. *Modalidades de transferencia que se escapan de los controles establecidos*

La adquisición de tecnología extranjera puede filtrarse por los dispositivos de control establecidos, no obstante su aparente amplitud y su sin duda excesiva prolijidad. Cuando, lo que es frecuente, la adquisición de tecnología se ha realizado ya sobre la base de una empresa nacional en la que es mayoritaria una empresa extranjera, exportándose en forma de beneficios los royalties e imponéndose a través de los mecanismos sociales ordinarios los condicionantes que se pretendía prever, la nueva normativa resultará impotente. De hecho, buena parte de las empresas que funcionan con tecnología extranjera están ya directa o indirectamente controladas por los grandes grupos internacionales.

Pero hay otro tipo de transferencias para las que ni siquiera están pensados estos controles o al menos serían de muy difícil aplicación. Son aquellas que consisten en la transmisión de experiencias empresariales, criterios de organización, técnicas de financiación y sobre todo de comercialización. Recordemos que S. SCHREIBER, en un famoso libro, puso de relieve cómo los empresarios americanos utilizaban los

mismos medios y los mismos recursos puestos a disposición de los empresarios franceses, consiguiendo desplazarlos del mercado, y recordemos también que entre nosotros, por ejemplo, ciertos artículos alimenticios tradicionales en el consumo nacional se fabrican y comercializan por empresas foráneas.

3. *La trascendencia práctica*

En definitiva, la normativa a la que hemos dedicado este trabajo, aparte de suponer un loable intento de racionalización y legalización del sistema, tiene un marco de operatividad más bien modesto, pero no por ello desdeñable. En primer lugar, podrá reforzar la posición del diálogo de los empresarios españoles, que siempre podrán oponer a sus eventuales contratantes la imposibilidad de aceptar determinadas condiciones que ni a ellos ni a la comunidad nacional interesan. Es de suponer que el órgano competente del Ministerio de Comercio seguirá actuando, una vez clarificadas sus competencias, en esta dirección, interviniendo en los pactos y orientándolos en lo posible hacia soluciones integrantes para todos.

También es de apuntar el aspecto positivo que para la planificación del mercado tecnológico supondrá la aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.º del tantas veces citado Decreto, que obliga al Ministerio de Industria a realizar periódicamente la adecuada difusión de aquellos datos que ayuden a alcanzar una mayor transparencia del mercado de adquisición de tecnología extranjera y a informar a los centros nacionales de investigación sobre posibles programas de interés para el país, para cuyos resultados existe demanda.

EL CONTROL DE LAS TRANSFERENCIAS TECNOLOGICAS *

POR

RAMÓN MARTÍN MATEO

SUMARIO: I. LAS CIRCUNSTANCIAS DETERMINANTES: 1. *La movilidad de tecnología y sus consecuencias positivas para las economías nacionales.*—2. *Los riesgos implicados.*—3. *La intervención pública. El punto de equilibrio.*—4. *La situación española.*—II. PRECEDENTES: 1. *El sistema español anterior.*—2. *El modelo del Pacto Andino.*—III. LA AMPLITUD DEL CONCEPTO LEGAL.—IV. LOS NUEVOS CONTROLES: 1. *La naturaleza jurídica de la inscripción registral.*—2. *Consecuencias jurídicas de la inscripción:* A) *La eficacia de los traspasos tecnológicos.* B) *La autorización de transferencia de divisas.* C) *Las autorizaciones industriales.*—V. *PODERES REGLADOS Y DISCRECIONALES.*—VI. *RETROACTIVIDAD.*—VII. *VULNERABILIDAD Y EFICACIA DEL DISPOSITIVO DE CONTROL DE TRANSFERENCIAS TECNOLÓGICAS:* 1. *La internacionalización de la economía.*—2. *Modalidades de transferencia que se escapan de los controles establecidos.*—3. *La trascendencia práctica.*

I. LAS CIRCUNSTANCIAS DETERMINANTES

El presente trabajo va a abordar, desde la óptica del Derecho público, las implicaciones jurídicas del Decreto de la Presidencia del Gobierno de 21 de septiembre de 1973, por el que se regula la transferencia de tecnología extranjera, y la Orden de 5 de diciembre del mismo año, que da normas para la inscripción del contrato de transferencias en un registro especial. Ahora bien, de acuerdo con fundadas convicciones, creemos que no es posible abordar el análisis propuesto sin situar las nuevas normas en su contexto social, aclarando las circunstancias que han determinado su adopción, valorando en consecuencia la presumible eficacia real de estas medidas y las consecuencias económicas que pueden acarrear. Por ello nos permitiremos hacer primero alusión al entorno socioeconómico de las transferencias tecnológicas.

* El presente estudio constituye una aportación de su autor al Seminario sobre «Adquisición de Tecnología Extranjera» que tuvo lugar el día 1 de febrero de 1974 en Bilbao, organizado por el Instituto de Estudios Bancarios y Bursátiles de la Facultad de Ciencias Económicas de dicha Universidad. Las citas que en el texto se realizan de los profesores BERCOVITZ y FERNÁNDEZ-NOVOA están referidas a las conferencias pronunciadas por dichos autores en el mismo ciclo.

1. *La movilidad de tecnología y sus consecuencias positivas para las economías nacionales*

La adquisición por una nación de tecnología extranjera supone, ciertamente, o al menos puede suponer, considerables y no desdeñables ventajas. La tecnología es en estos momentos una mercancía más, producto frecuentemente de costosos procesos iniciales de investigación, de reiteradas experiencias y de continuas rectificaciones. Por tanto, si el precio pagado por la adquisición tecnológica es razonable, la nación adquirente podrá ver inmediatamente aumentada su productividad mejorando sectorialmente su posición relativa en el tráfico mundial e incrementando su renta interior. La tecnología supone la cristalización de un ahorro inversor y, por tanto, una empresa puede optar entre adquirir directamente procesos industriales listos para su aplicación o bien emprender o encargar investigaciones autónomas e independientes para llegar a los resultados perseguidos. En el primer caso, lógicamente, habrá de pagarse un precio y pasarse por ciertas condiciones, pero se puede ya inmediatamente emprender la operación; en el segundo habrá de financiarse la investigación demorándose la puesta en funcionamiento del dispositivo productivo en cuestión, pero la empresa mantendrá a la postre su independencia y puede, a su vez, enajenar la propiedad industrial adquirida.

Se trata, pues, de dos opciones claras, cuya elección dependerá en cierta medida del montante de la contraprestación a satisfacer en la primera alternativa. Pero es que, además, la segunda, tecnología propia, no siempre es viable, en cuanto que determinadas naciones carecen de la infraestructura adecuada, de los recursos necesarios para emprender determinadas investigaciones o simplemente su complejidad las hace inalcanzables con los medios intelectuales y materiales disponibles. De aquí que resulte obligada en ciertos casos la primera solución, aun con los riesgos indudables que, como veremos, comporta.

La investigación en tecnología puede resultar rentable si no hay un apremio inmediato en su aplicación o si es de esperar, bien de su venta directa, o bien de la cesión de los bienes producidos, ventajas importantes para la empresa que sigue estas vías. Si no es así, y sobre todo si la tecnología ofrecida es inferior a su coste o de su utilización inmediata pueden obtenerse rendimientos atractivos, resultará más rentable adquirir tecnología importada. Creemos que es importante

hacer hincapié en esta faz amable de las transferencias tecnológicas, porque es frecuente el que se desorbiten los aspectos negativos, retrasándose quizá la industrialización y puesta a punto de la economía de un país al airearse temores, xenofobias o simplemente exaltaciones patrias que hacen perder el tino en la decisión, aconsejando elecciones desafortunadas.

Es lo cierto que algunas naciones altamente industrializadas, como en Alemania e Inglaterra, abonan derechos por utilización de licencias extranjeras superiores a los ingresos que se reciben por la exportación de las nacionales. Por el contrario, en otras naciones, y destacadamente en Nortemérica, cuyo balance es a este respecto enormemente favorable, se han aireado protestas por Sindicatos, Cámaras y otras Corporaciones que estiman excesivas y perjudiciales las cesiones tecnológicas al exterior, ya que implicarían pérdidas para Norteamérica en su competitividad internacional y permitirían a las naciones receptoras aprovechar su más barata mano de obra en detrimento de la población laboral americana. En este sentido conviene recordar que LASUEN, uno de nuestros más brillantes economistas de cara a América, ha llamado la atención sobre la existencia de una oferta abundante de tecnología que ofrece amplias posibilidades de elección y, por tanto, quizá su aclimatación a precios no muy elevados, apuntando esta vía como posible solución a algunos de los problemas planteados en aquellas latitudes.

2. *Los riesgos implicados*

No sería prudente, sin embargo, desconocer la presencia de factores negativos que inciden también en el mercado tecnológico y que pueden anular holgadamente las ventajas implicadas. En primer lugar aparece la posibilidad real, frecuentemente materializada, de que la tecnología adquirida lo sea a un precio excesivo, que se compren procesos ya absolutos en la nación exportadora y, sobre todo, que la economía de la nación receptora resulte subordinada a las grandes potencias o a los complejos económicos multinacionales. De caer en estos extremos, puede suceder que las cargas por el pago de derechos y royalties supongan un lastre considerable para la economía nacional, que se convierta ésta en satélite de otros complejos económicos o políticos foráneos y que se extraiga de las manos de los rectores de su política económica el manejo de las palancas claves.

Se trata de riesgos actuales y no meramente teóricos; de hecho, el llamado neocolonialismo se apoya sustancialmente en tales instrumentos. Los países subdesarrollados o en vías de desarrollo han visto así desplazarse hacia el exterior buena parte de sus escasos recursos, recibiendo a menudo, a cambio de una materias primas frecuentemente infravaloradas, sistemas productivos industriales cuyo funcionamiento sólo tenía sentido en el marco de un dispositivo internacional del que obtenían quizá tan sólo la posibilidad de aportar elementos que incorporaban escaso valor añadido o al que de hecho se limitaban a exportar mano de obra barata.

Han sido frecuentemente también cesiones de tecnología de baja calidad o el que al hilo de tales transferencias se pretendiese tan sólo explotar internamente ciertos mercados vetando la posibilidad de salir al exterior con los nuevos productos obtenidos. No es de extrañar, por tanto, que muchas naciones, especialmente las de América latina, hayan tomado conciencia de tales peligros y que últimamente hayan disciplinado con rigor las transferencias tecnológicas. Los acuerdos del Pacto Andino a que luego aludiremos van por ahí, e igualmente, en la última Conferencia Interamericana de Tlatelolco, se ha hecho hincapié frente a Norteamérica sobre la necesidad de vigilar y condicionar estos trasvases.

3. *La intervención pública. El punto de equilibrio*

A primera vista puede resultar paradójico que los Estados deban intervenir para mediar en el diálogo entre las empresas nacionales y las extranjeras. Resulta aparentemente inexplicable que un industrial satisfaga por la tecnología un precio superior a su costo, que adquiera un dispositivo anticuado y obsoleto, que se resigne a abandonar sus posibilidades exportadoras o que voluntariamente asuma otras cargas desorbitadas e irrazonables. Pero es que aquí, como en tantos otros medios, las reglas de mercado no funcionan con su presunta racionalidad. Aparece también un componente monopolístico que disequilibra la oferta y la demanda.

Todo ello comporta el que la Administración que se ha constituido en gendarme del orden público económico, tutelando, por tanto, los postulados del liberalismo aun en contra de la expresa voluntad de sus agentes, se ve forzada a actuar con el intento paladino de restablecer el equilibrio respaldando la parte más débil, en estos casos, sus pro-

pios administrados, a los que vetará determinadas operaciones y ofrecerá, por la vía del estímulo, una información que clarifique las posibilidades de acceso a otras ofertas tecnológicas. Se trata, pues, en el fondo, de extrapolar las normas tuteladoras de la justa competencia al ámbito internacional, estableciéndose intervenciones que tienen por objeto frenar en lo posible los abusos que pueden producirse como consecuencia del dominio del mercado por uno de los contratantes. Que esto sea factible en términos reales es ya otra cuestión a la que más adelante nos referiremos.

Otro móvil público puede ser el estimular la investigación propia, quizá coartada y anquilosada como consecuencia del recurso fácil a la adquisición de técnicas ajenas, con olvido del peligro que en términos económicos y también políticos ello comporta para las naciones que abusan de tales facilidades. Dentro de límites aceptables, la adquisición de tecnología ajena está plenamente justificada, y en muchos casos resulta inevitable; pero el abandono de la investigación nacional puede hacer bascular sobre la balanza de pagos una carga excesiva, privarla a la par de aportes por venta de tecnología nacional y situar inerte la economía nacional en la órbita de otros poderes.

4. *La situación española*

En España, las circunstancias que gravitan sobre el mercado de tecnología son, lógicamente, las que habitualmente se presentan en un país en trance de industrialización. Se ha observado un considerable incremento de la adquisición de licencias y procesos extranjeros, alcanzando los 200 millones de dólares los últimos pagos anuales por concepto de royalties, con un total de 1.200 millones acumulados desde 1960. Ultimamente se han venido registrando unos seiscientos contratos de este tipo, habiendo afectado las últimas medidas a 2.000 acuerdos tecnológicos.

La investigación propia tiene un carácter más bien reducido, si bien algunas empresas, como SEAT, por ejemplo, dedican a estos fines cantidades de alguna consideración y últimamente parecen haber aumentado los ingresos por exportación de licencias. Al desequilibrio apuntado en nuestro mercado tecnológico se ha sumado el hecho de que, efectivamente, algunos convenios en vigor son claramente desfavorables para los intereses nacionales; todo ello ha determinado la implantación de las nuevas normas que aquí analizaremos.

II. PRECEDENTES

1. *El sistema español anterior*

Para el Decreto-ley de 24 de diciembre de 1959, que liberaliza las inversiones de capital extranjero en España, este tipo de transferencias se contemplaba desde la óptica de la inversión de capital, considerando como tal la aportación directa a la empresa española, previa autorización y valoración por el ministerio competente, de asistencia técnica, patentes y licencias de fabricación. En el mismo sentido se pronuncia el Decreto de 28 de enero de 1963, que liberaliza las inversiones en determinados sectores industriales.

Ya desde la perspectiva concreta de la defensa de la empresa nacional, el Decreto de 25 de febrero de 1965 establecía que las empresas españolas «deberán justificar que en sus convenios de asistencia técnica, utilización de patentes y licencias, participación de capital extranjero o cualquier otra modalidad de cooperación técnica o financiera no existen cláusulas restrictivas a la libertad de exportación de sus productos o que impidan el acceso a nuevos modelos o procesos fabriles o a los perfeccionamientos técnicos relativos al proceso industrial de que se trate». Se exceptuaba la limitación de libertad de exportación al país en el que radicase la empresa con la que se había establecido el convenio.

Los acuerdos que contuviesen cláusulas restrictivas de otra índole deberían estar sujetos a la autorización del Organismo competente de la Administración. Con problemático apoyo en tal precepto, pero sobre todo al hilo de la concesión de autorizaciones para el pago en divisas de los derechos convenidos, se había venido montando un sistema de control de convenios desde el Ministerio de Comercio, que la última normativa ha completado y ratificado legalizando el registro que ya estaba en funcionamiento.

2. *El modelo del Pacto Andino*

Como ha puesto de relieve BERCOVITZ, la reciente legislación española está directamente inspirada en los acuerdos de diciembre de 1970, adoptados en Cartagena por los países signatarios del Pacto Andino, y

concretamente en la decisión número 24. Los artículos 19 al 29 de tal decisión prevén la sujeción de los contratos de importación de tecnología, patentes y marcas al examen y fiscalización del Organismo internacional competente, que deberá evaluar la contribución efectiva de la tecnología importada. A fin de evitar abusos en la contratación, el estatuto prohíbe la inclusión de cláusulas que impliquen determinadas limitaciones para las empresas nacionales. La decisión de referencia contiene una lista de cláusulas que quedarían prohibidas.

Con apoyo en esta resolución, diversos países latinoamericanos de dentro y fuera del Pacto Andino han venido aprobando Leyes sobre transferencia tecnológica, siendo interesante citar a este respecto la argentina, de septiembre de 1971, que sanciona, como la española, con ineficacia total a los acuerdos no debidamente autorizados que vulneren las prohibiciones establecidas.

III. LA AMPLITUD DEL CONCEPTO LEGAL

Con arreglo al artículo 1.º del Decreto de 21 de septiembre, la transferencia de tecnología desde el extranjero, formalizada mediante contratos, convenios y acuerdos documentados, podrá adoptar la forma de una o varias de las siguientes prestaciones:

- Cesión de derechos de utilización de patentes y demás modalidades de la propiedad industrial.
- Transmisión de conocimientos no patentados, planos, cintas magnéticas registradas con información digital, diagramas, especificaciones e instrucciones, y, en general, cesiones de conocimientos aplicables a la actividad productiva, acumulados y conservados bajo secreto y propiedad por las empresas que los controlan.
- Servicios de ingeniería, elaboración de estudios previos o anteproyectos, así como proyectos ejecutivos de tipo técnico, servicios de montaje, construcción y operación de plantas, entretenimiento y reparación de las mismas.
- Servicios de formación y capacitación de personal relacionados o no con las prestaciones anteriores.

- Servicios de documentación e información técnica o económica.
- Otras modalidades de asistencia técnica.

Por su parte, la Orden de 5 de diciembre de 1973 incluye, dentro de la normativa del Decreto, todo tipo de convenios mediante los cuales «se adquiera tecnología extranjera directa o indirectamente a través de un intermediario nacional, cualquiera que sea la naturaleza de la contraprestación por parte del receptor de la tecnología, es decir, tenga carácter tangible, monetario o no, o intangible en cualquiera de sus formas».

Es evidente que el concepto legal de las transmisiones tecnológicas resulta marcadamente globalista, indeterminado y quizá excesivo, pues, por ejemplo, como ha puesto de relieve FERNÁNDEZ-NOVOA, algunas de las modalidades protegidas por la propiedad industrial con base en el artículo 1.º del Convenio de París de 1883 y el Estatuto de 1929, difícilmente pueden reducirse al sistema de transferencias tecnológicas; tal sucede sin duda con los dibujos industriales.

Pero, además, en la normativa analizada encontramos un cuerpo extraño inserto en el contexto del control de las transferencias tecnológicas. Me refiero a la prohibición contenida en el artículo 10 del Decreto de adquirir estudios y servicios técnicos de empresas consultoras y de ingeniería extranjera, salvo que se justifique previamente el haber intentado obtener estos servicios de empresas inscritas en el Registro de Consultoras y de Ingeniería Industrial.

El Decreto de 4 de abril de 1968, que estableció este Registro en el Ministerio de Industria, imponía como condición para la inscripción que las empresas fuesen de nacionalidad española. Al hilo, pues, de motivaciones bien distintas de las que determinan los nuevos controles para las transferencias tecnológicas, se va a establecer ahora una defensa de signo claramente autárquico de las empresas consultoras españolas, introduciéndose un proteccionismo desfasado e incluso sumamente peligroso para las mejores empresas nacionales del ramo, las cuales han conseguido un gran prestigio en el campo internacional, y que pueden perder estos mercados si se aplican con reciprocidad los criterios ahora establecidos, que sólo defenderán empresas mediocres de calidad no acreditada internacionalmente.

IV. LOS NUEVOS CONTROLES

1. *La naturaleza jurídica de la inscripción registral*

Las disposiciones analizadas legalizan e institucionalizan una práctica previamente asentada, cual es la precisión de solicitar la inscripción de estos contratos en un Registro especial llevado en el Ministerio de Industria. Ahora bien, las consecuencias jurídicas que ahora se conectan con la inscripción son en buena medida, como veremos, originales.

En términos generales, la anotación en registros administrativos puede producir alguna de las siguientes consecuencias:

- *Inscripción declarativa.*—Tiene un carácter puramente exteriorizador de las actividades que se pretenden acometer por el que solicita la inscripción; ésta es normalmente voluntaria, aunque de ella trasciendan algunas consecuencias en cuanto a relaciones con terceros o se deriven posibilidades de obtener ayudas especiales de la Administración.
- *Inscripción constitutiva.*—En este supuesto, la inscripción en el registro afecta al nacimiento de la personalidad jurídica, o al menos a la capacidad para obras en un determinado sector relacional, afectando a la eficacia de los acuerdos establecidos con terceros.
- *Inscripción autorizatoria.*—Se trata del caso más generalizado, en el que, sin prejuzgarse la validez de las relaciones *inter privados*, se condiciona la previa autorización administrativa a la inscripción en un registro especial, vigilando la Administración el cumplimiento de estas cargas y los medios coactivos habituales.

La inscripción en el registro que comentamos únicamente encaja en el tercer supuesto, inscripción-autorización; ahora bien, sus consecuencias jurídicas participan de las propias de la inscripción-constitutiva, en cuanto que se priva de eficacia a los acuerdos que no hayan pasado por el registro.

2. *Consecuencias jurídicas de la inscripción*

Normalmente, la adopción de conductas sometidas a previa autorización, pero que no han conseguido el *consensus* de la Administración, desencadenan medidas de carácter represivo, consistentes en la parali-

zación coactiva de la actividad iniciada y en la imposición de sanciones administrativas o penales, pero sin que ello trascienda a las relaciones pacíficamente establecidas entre particulares, salvo que se trate de *res extra commercium*. Es decir, por ejemplo y por movernos dentro del campo del Ministerio de Industria, que la apertura de una fábrica que no ha sido inscrita en el Registro de Industrias acarreará su clausura y la imposición de una multa, pero ello no afectará al contrato de sociedad establecido al efecto o a los convenios para la adquisición del utillaje o a la venta ulterior de los productos. En el caso que nos ocupa, sin embargo, la eficacia de los pactos aparecería en entredicho.

A) *La eficacia de los traspasos tecnológicos.*

La Orden de 5 de diciembre de 1973 establece, en su apartado quinto, que la eficacia de todo contrato, convenio o acuerdo documentado regulado por la misma queda supeditada a su previa inscripción en el Registro de Contratos de Transferencia de Tecnología. Se ha extrapolado aquí un mecanismo que opera habitualmente en el campo del Derecho público con sentido distinto y diversa justificación. En el Derecho administrativo se juega efectivamente, como en el Derecho privado, con la separación entre validez y eficacia, pero con distintos propósitos. Un acto administrativo puede ser válido, pero no eficaz, cuando queda supeditado a ratificación o autorización superior, pero es evidente que el traspaso puro y simple de estos planteamientos al campo de las relaciones privadas mediatizadas por la Administración puede implicar graves anomalías y consecuencias jurídicas perturbadoras.

Efectivamente, si, como veremos, la normativa en cuestión tiene carácter retroactivo y su aplicación queda prácticamente en manos de una de las partes contratantes de tecnología, cabe que ésta explote en su beneficio la carga, no accediendo voluntariamente al Registro y desligándose así unilateralmente de las obligaciones contraídas.

Pero es que además tenemos serias dudas sobre la legalidad de la Orden de referencia. El Decreto que desarrolla no contiene en su articulado ninguna referencia a la sanción de ineficacia. Ciertamente que la Administración puede escalonadamente ir completando un ordenamiento sectorial y que tiene para ello, a nuestro juicio, poderes implícitos, sin necesidad de requerir expresas autorizaciones. Pero cuando una norma de superior rango ha abordado los puntos claves

de una nueva intervención debe lógicamente colegirse que no puede otra norma inferior que de ella trae causa completarla en puntos decisivos que, de quererse haber abordado, lo habrían sido ya por la norma principal. Aquí sí que puede traerse a colación el principio contrario de prohibición de lo no autorizado al menos tácitamente. En consecuencia, creemos que en virtud del principio de jerarquía normativa el precepto comentado puede llevar implícito un vicio de nulidad.

B) *La autorización de transferencia de divisas.*

De acuerdo con nuestro ordenamiento monetario, los pagos al exterior llevan normalmente aparejados dos tipos de controles: el primero de ellos, en el momento de la adopción de compromisos que van a dar lugar a la asunción de obligaciones en moneda extranjera por el ciudadano español, y el segundo, a la hora de efectuar concretamente la remesa. En estos dos tiempos interviene el Ministerio de Comercio a través de la Dirección General de Transacciones Exteriores. Tal mecanismo ha sido conectado con las técnicas de control de transferencias tecnológicas, en cuanto que se subordinan las preceptivas autorizaciones a la inscripción en el registro especial.

Se trata sin duda del dispositivo más eficaz para apoyar las fiscalizaciones montadas por la Administración. Las transferencias tecnológicas implican a la postre un pago de divisas, por lo que es difícil que los empresarios españoles se embarquen en tales convenios sin tener previamente garantizado el que podrán en su día cumplir con los compromisos contraídos. De hecho, con base en tales medidas, venía funcionando ya un sistema similar al ahora articulado sin necesidad de mayor apoyatura legal. Se plantea ahora únicamente como interrogante la posibilidad de discrepancia entre el Ministerio de Comercio y el de Industria, en cuanto que la autorización de este último no es vinculante, sino meramente preceptiva para el primero. Un mayor automatismo hubiera sido deseable, lo que al parecer habrá encontrado como siempre la compartimentación competencial de nuestra Administración.

C) *Las autorizaciones industriales.*

Por último, para reforzar la efectividad de la anotación en el Registro de estos convenios, conecta también con el sistema de autorizaciones industriales que contempla el Decreto de 27 de julio de 1968 y

en relación con las industrias que, de acuerdo con los artículos 1.º y 2.º de dicho Decreto, necesitan autorización administrativa para su instalación, ampliación o traslado. Aparece aquí también la inscripción registral incluida en otra cadena de autorizaciones que desemboca en la aplicación de la tecnología adquirida.

V. PODERES REGLADOS Y DISCRECIONALES

Habitualmente la doctrina suele hacer hincapié en el carácter reglado de las autorizaciones que se contraponen a los aspectos discrecionales de la concesión. No vamos a entrar aquí en estos planteamientos, que, por lo demás, no compartimos íntegramente, pero sí es cierto que la autorización suele tener un componente fuertemente vinculante para la Administración, aunque en la apreciación de los elementos fácticos aparezcan valoraciones de carácter técnico difícilmente sustituibles o revisables por los órganos jurisdiccionales de control.

En las autorizaciones aquí analizadas no sólo las circunstancias de hecho se prestan extremadamente a una ampliación de los poderes decisorios de la Administración, sino que las propias pautas jurídicas aparecen delineadas con trazos sumamente vagos, dando entrada a criterios imprecisos que suponen para la Administración el ejercicio de potestades prácticamente exentas.

Así, la Orden de 15 de diciembre, artículo 3.º, no sólo posibilita al Ministerio competente por razón de la materia para realizar una valoración conjunta de la situación del sector y de las características del proceso, sino que incluye entre los elementos desfavorables de tal evaluación el «prohibir o limitar excesivamente el ámbito geográfico», «establecer la transmisión de una tecnología total o parcialmente inadecuada por su obsolescencia, insuficiente capacidad competitiva u otras razones análogas», «establecer la obligación por parte del receptor de suministrar en condiciones contrarias al interés de la economía española», «imponer pagos sensiblemente superiores a los normalmente practicados en el mercado», «imponer una duración inadecuada del contrato». Como puede deducirse, tales condicionantes encajan mal con el automatismo reglado de la autorización clásica.

VI. RETROACTIVIDAD

La disposición final del Decreto de septiembre de 1973 establece que todos los contratos de tecnología en vigor deberán ser registrados en el plazo de un año, en la forma que determina el propio Decreto. Este precepto supone, lo que tampoco es corriente en las intervenciones administrativas, el dotar de eficacia retroactiva a los controles que se establecen, si bien tal retroactividad quedará de hecho paliada en la práctica si se tiene en cuenta que por cauces menos formalizados los respectivos contratos habían sido intervenidos ya por la Administración.

No discutimos, aunque ello sea polémico, el que la Administración pueda actuar hacia el futuro revisando situaciones consolidadas en el pasado y, por supuesto, sabemos que en los derechos adquiridos no tienen el sacrosanto respeto con que se les ornaba en otras épocas. Pero sí creemos que existen un cierto límite en cuanto a las posibilidades de modificación de relaciones sociales, engendrado por el mantenimiento de la confianza en el cumplimiento de los convenios y en los postulados superiores de la seguridad jurídica.

Una aplicación indiscriminada por parte de los sujetos destinatarios de esta disposición puede dar lugar a la quiebra en tales postulados. De parte de la Administración, en cuanto que podría negarse a reconocer convenios que con anterioridad había admitido como legítimos, y por parte de los empresarios nacionales, en cuanto que siendo exclusivamente de su incumbencia, como receptores de tecnología, la solicitud de inscripción, pueden, sin más que omitir tal trámite, desligarse de compromisos ya contraídos.

VII. VULNERABILIDAD Y EFICACIA DEL DISPOSITIVO DE CONTROL DE TRANSFERENCIAS TECNOLÓGICAS

1. *La internacionalización de la economía*

Creemos que por buenos y saludables que sean los criterios de las Administraciones nacionales les será muy difícil hacer quebrar una serie de situaciones que caen fuera de su disponibilidad. Vimos cómo en definitiva el control de las transacciones tecnológicas puede reducirse al tema de la competencia imperfecta y de las posiciones mono-

polísticas. Para ello existen ya armas legales (me refiero a las Leyes de prácticas restrictivas de la competencia), que con una u otra denominación están establecidas como entre nosotros en todos los países. Pues bien, si a partir de estas enérgicas medidas no ha sido posible eliminar los factores de distorsión, es problemático que la solución venga dada por otros caminos.

Los estados nacionales no son capaces de contrarrestar el peso de los grandes consorcios y de evitar que las empresas multinacionales controlen los mercados. Si se pasa por condiciones excesivas u onerosas es porque no existe otra opción. Cierto que existe una cierta amplitud en el espectro de posibles adquisiciones tecnológicas, pero las posibilidades son más reducidas cuando se trata de comercializar los productos. Por ello, aunque alguna nación como Japón haya conseguido aclimatar una cierta tecnología propia, es problemático que en estos momentos la industrialización de los países menos avanzados pueda hacerse esquivando los circuitos de las grandes empresas, cuya inevitable vocación monopolista ha sido puesta de relieve por GALBRAITH.

2. *Modalidades de transferencia que se escapan de los controles establecidos*

La adquisición de tecnología extranjera puede filtrarse por los dispositivos de control establecidos, no obstante su aparente amplitud y su sin duda excesiva prolijidad. Cuando, lo que es frecuente, la adquisición de tecnología se ha realizado ya sobre la base de una empresa nacional en la que es mayoritaria una empresa extranjera, exportándose en forma de beneficios los royalties e imponéndose a través de los mecanismos sociales ordinarios los condicionantes que se pretendía prever, la nueva normativa resultará impotente. De hecho, buena parte de las empresas que funcionan con tecnología extranjera están ya directa o indirectamente controladas por los grandes grupos internacionales.

Pero hay otro tipo de transferencias para las que ni siquiera están pensados estos controles o al menos serían de muy difícil aplicación. Son aquellas que consisten en la transmisión de experiencias empresariales, criterios de organización, técnicas de financiación y sobre todo de comercialización. Recordemos que S. SCHREIBER, en un famoso libro, puso de relieve cómo los empresarios americanos utilizaban los

mismos medios y los mismos recursos puestos a disposición de los empresarios franceses, consiguiendo desplazarlos del mercado, y recordemos también que entre nosotros, por ejemplo, ciertos artículos alimenticios tradicionales en el consumo nacional se fabrican y comercializan por empresas foráneas.

3. *La trascendencia práctica*

En definitiva, la normativa a la que hemos dedicado este trabajo, aparte de suponer un loable intento de racionalización y legalización del sistema, tiene un marco de operatividad más bien modesto, pero no por ello desdeñable. En primer lugar, podrá reforzar la posición del diálogo de los empresarios españoles, que siempre podrán oponer a sus eventuales contratantes la imposibilidad de aceptar determinadas condiciones que ni a ellos ni a la comunidad nacional interesan. Es de suponer que el órgano competente del Ministerio de Comercio seguirá actuando, una vez clarificadas sus competencias, en esta dirección, interviniendo en los pactos y orientándolos en lo posible hacia soluciones integrantes para todos.

También es de apuntar el aspecto positivo que para la planificación del mercado tecnológico supondrá la aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.º del tantas veces citado Decreto, que obliga al Ministerio de Industria a realizar periódicamente la adecuada difusión de aquellos datos que ayuden a alcanzar una mayor transparencia del mercado de adquisición de tecnología extranjera y a informar a los centros nacionales de investigación sobre posibles programas de interés para el país, para cuyos resultados existe demanda.

